

« La Constitution et pratiques de la Constitution »

« Pratiques anticonstitutionnelles »

- POLOGNE -

Remarques préliminaires et définition du sujet

La crise politico-constitutionnelle qui perdure en Pologne depuis l'automne 2015 demeure un défi pour la science du droit constitutionnel polonaise¹. De nombreux concepts, qui n'avaient jusqu'alors pas suscité d'intérêt particulier, figurent désormais parmi les sujets privilégiés de l'analyse doctrinale. Une attention particulière est accordée à la problématique du « constitutionnalisme illibéral » – également qualifié de « constitutionalisme populiste » ou « abusif » – ainsi qu'à ses traits caractéristiques². Alors que les causes de l'émergence de la crise relèvent avant tout du domaine de la recherche politologique et sociologique, la science du droit se concentre sur ses symptômes et ses conséquences pour le système juridique.

L'un des éléments fondamentaux de la définition du « constitutionnalisme illibéral / populiste » – dans sa version polonaise – est sans aucun doute la violation à la fois systématique et systémique de la Constitution de 1997. La doctrine étudie donc attentivement les nouvelles manifestations (formes) d'inconstitutionnalité et examine les moyens de réaction les plus appropriés. De nombreux concepts visant à décrire les divers aspects de la nouvelle réalité politico-juridique ont déjà été présentés. Parmi ces concepts, on peut citer ceux qui se rapportent à la « guerre contre la Constitution », à « l'instrumentalisation de la Constitution » ou à son « détournement », à une « modification extra-constitutionnelle » du système constitutionnel, ou à un « dédoublement » de l'ordre juridique. Les chercheurs identifient et commentent des exemples d'actions et d'actes « hostiles » à la Constitution. Ils dénoncent la « neutralisation » ou « l'absorption », par le pouvoir politique, des institutions censées garantir le respect de la Constitution (telles que le Tribunal constitutionnel ou les juridictions judiciaires et administratives). Afin de remédier aux effets des pratiques institutionnelles et juridiques qui ont été mises en œuvre sous le gouvernement de la Droite Unie (2015-2023), on propose parfois de reconnaître un « état de l'État constitutionnel en faillite », c'est-à-dire l'existence des circonstances exceptionnelles de nature constitutionnelles justifiant – au nom de la

¹ En ce qui concerne les caractéristiques générales de la crise constitutionnelle polonaise, voir notamment W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford University Press, Oxford 2019.

² Dans le contexte des crises en Hongrie et en Pologne, voir notamment T. Drinóczi, A. Bień-Kacała, *Illiberal Constitutionalism in Poland and Hungary. The Deterioration of Democracy, Misuse of Human Rights and Abuse of the Rule of Law*, Routledge, Abingdon-New York 2022.

doctrine de nécessité (« l'état de nécessité constitutionnelle ») – le recours à des mesures correctives exceptionnelles, y compris à des mesures extra-constitutionnelles (alors non prévues par la Constitution de 1997, mais indispensable pour sa restauration). Par exemple, dans le contexte du dysfonctionnement du Tribunal constitutionnel, le procès de la « Constitutional Repair » dans le domaine du contrôle de constitutionnalité des lois pourrait consister dans le refus par le Premier ministre de publier les décisions du Tribunal ou dans l'exercice autonome de ce contrôle par les juridictions ordinaires (le contrôle dit « diffus »).

Dans le cadre de ces réflexions doctrinales sur la crise polonaise, le terme « anticonstitutionnel » apparaît parfois. On parle de « politique anticonstitutionnelle » et « d'aspirations anticonstitutionnelles » du camp de la Droite Unie, de « méthodes anticonstitutionnelles » de mise en œuvre de son projet socio-politique, de « modifications anticonstitutionnelles » de l'ordre constitutionnel réalisées par le recours à une « interprétation anticonstitutionnelle » de la Constitution de 1997 (à des « raisonnements anticonstitutionnels ») et à diverses « pratiques anticonstitutionnelles ». Cependant, aucune théorie complète et cohérente « d'anticonstitutionnalité » n'a été élaborée jusqu'à présent. Le terme « anticonstitutionnel » est en effet utilisé de manière aléatoire (donc non systématique), principalement comme synonyme de « inconstitutionnel » ou « hostile à la constitution ». Ni la doctrine, ni la jurisprudence ne fournissent donc de critères clairs permettant de distinguer une « anticonstitutionnalité » des autres cas de non-conformité à la constitution.

Pourtant, en se fondant simplement sur l'intuition juridique et linguistique, on pourrait avancer l'hypothèse selon laquelle tous les cas de non-conformité à la constitution ne méritent pas d'être qualifiés « d'anticonstitutionnels ». Au contraire, la non-conformité (du moins celle dite « ordinaire ») semblerait être « constitutionnelle » en ce sens que la loi fondamentale elle-même prévoit la possibilité de cas de violation de telle ou telle norme constitutionnelle, en déterminant des mécanismes de réaction (sanction) et de remédiation (assainissement). Effectivement, la Constitution de 1997 contient les dispositions relatives notamment au contrôle de constitutionnalité des lois par le Tribunal constitutionnel (y compris par le biais de recours constitutionnels déposés par des particuliers), au droit de chacun à une indemnisation en cas d'acte illégal (inconstitutionnel) du pouvoir public, ainsi qu'à la responsabilité constitutionnelle devant le Tribunal d'État des titulaires de certaines fonctions constitutionnelles. En d'autres termes, l'inconstitutionnalité est, dans une certaine mesure, considérée comme inhérente au fonctionnement « normal » de l'ordre constitutionnel. En conséquence, il faudrait plutôt conclure que si tout cas « d'anticonstitutionnalité » constitue une manifestation de la non-conformité à la constitution, l'inverse ne semble pas être vrai : tout cas de non-conformité ne relève pas nécessairement de la notion « d'anticonstitutionnalité ».

En l'absence de définition doctrinale ou jurisprudentielle de « l'anticonstitutionnalité », la recherche des éléments constitutifs de ce concept devrait s'appuyer sur des notions dont la signification est généralement assez bien établie dans la science du droit, parmi lesquelles figurent les notions de « constitution » et de « constitutionnalité / inconstitutionnalité », ainsi que celle de « pratique constitutionnelle ».

En ce qui concerne la notion de « constitution », je propose d'en retenir la définition matérielle, selon laquelle elle désignerait un ensemble (un « bloc ») de normes (règles et principes) pouvant être reconstruites (« décodées ») à partir du texte d'un acte constitutionnel (d'une « constitution » au sens formel) à l'aide des méthodes d'interprétation communément admises. Il s'agirait donc d'un corps de règles de conduite à valeur constitutionnelle, déjà identifiées et appliquées – ou susceptibles de l'être (une « constitution potentielle ») – au cours de l'exercice, par les organes de l'État, de leurs fonctions et de leurs compétences constitutionnelles³. La valeur constitutionnelle de ces normes découle avant tout de leur force juridique suprême, ainsi que des modalités particulières relatives à la procédure de leur adoption et modification (révision).

En conséquence, un acte adopté ou une action entreprise par un organe constitutionnel dans l'exercice de ses missions et de ses compétences serait « constitutionnel » s'il était conforme à l'ensemble des normes constitutionnelles. À l'inverse, « l'inconstitutionnalité » correspondrait à une situation de non-conformité de leur part à ces normes. En même temps, on pourrait distinguer ici les cas « d'inconstitutionnalité directe » (de « contrariété »), lorsque l'acte ou l'action du pouvoir public est contraire à une règle constitutionnelle claire et inconditionnelle⁴, et les cas « d'inconstitutionnalité indirecte » (« d'incohérence »), lorsque l'acte ou l'action se révèle non-compatible avec tel ou tel principe découlant de la loi fondamentale⁵.

Quant à ce qu'on appelle la « pratique constitutionnelle », elle ne constitue habituellement pas un sujet d'intérêt majeur pour la dogmatique du droit constitutionnel. L'analyse des modes d'action adoptés par les acteurs constitutionnels et des rapports factuels existant entre eux relève généralement du domaine de la recherche politologique ou sociologique. Tout au plus, la doctrine

³ Dans la pratique contemporaine, la jurisprudence, et en particulier le *case law* de la cour constitutionnelle ou de la cour suprême, reste le principal moyen de reconstruction des normes constitutionnelles – des « standards » ou des « exigences constitutionnelles » (une « constitution jurisprudentielle »).

⁴ Par exemple, le Tribunal constitutionnel polonais a eu l'occasion de constater la « contrariété » des dispositions du Code de la procédure pénale implémentant la décision cadre de l'UE relative au mandat d'arrêt européen à la règle constitutionnelle claire et inconditionnelle découlant de l'article 55 de la Constitution de 1997 (dans sa version initiale), selon laquelle toute extradition d'un citoyen polonais était à l'époque interdite (voir l'arrêt du TC du 27 avril 2005, n° P 1/05). Il a fallu donc modifier la Constitution pour intégrer le mécanisme du MAE dans l'ordre juridique polonais.

⁵ Un cas d'école serait la situation dans laquelle le législateur adopte une mesure restreignant l'exercice par les particuliers de leurs libertés ou droits constitutionnellement garantis, en méconnaissance du principe de proportionnalité ou de celui d'égalité.

du droit ne tient compte de ces « faits constitutionnels » qu'en tant que « facteurs révélateurs » de l'existence d'une norme constitutionnelle. Dans l'ordre juridique polonais, on ne reconnaît ni le droit constitutionnel coutumier⁶, ni la règle du précédent (le « droit prétorien »). Les phénomènes relatifs à la vie institutionnelle quotidienne, que l'on pourrait qualifier de « conventions constitutionnelles », de « coutumes » ou de simples « règles de convenance », ne sont pas considérés comme des sources de normes juridiquement contraignantes et exécutoires⁷. On peut considérer que la pratique dite « institutionnelle » désigne l'ensemble des comportements adoptés par les autorités étatiques sur le fondement des normes constitutionnelles et aux fins de leur application ou de leur exécution. Une telle pratique institutionnelle sera « constitutionnelle » si elle est conforme aux normes constitutionnelles pertinentes. Au sens strict, en revanche, par « pratique », on entend une manière particulière – récurrente et consolidée au fil du temps – d'interprétation et d'application d'une norme constitutionnelle donnée. Une telle pratique peut être qualifiée de « constitutionnelle » lorsqu'elle respecte les règles spécifiques d'interprétation et d'application des dispositions constitutionnelles. Le non-respect de ces règles lui confèrera le caractère « d'inconstitutionnalité ».

Dans le contexte des notions évoquées, on peut supposer que « l'anticonstitutionnalité » constitue l'une des formes de non-conformité à la constitution. Toutefois, il semble justifié d'affirmer qu'il ne s'agit pas ici d'une inconstitutionnalité « ordinaire » (« simple »), telle qu'anticipée par le pouvoir constituant dans le texte même de la constitution. Le préfixe « anti- » signifie principalement « contre » ou « en face de » et exprime l'idée d'opposition, d'hostilité ou de défense⁸. Le terme « anticonstitutionnalité » ferait donc référence à l'opposition et à l'hostilité envers la constitution, ou encore à la « défense contre la constitution ». Ainsi, la « pratique constitutionnelle » signifierait l'ensemble des mesures prises par les acteurs constitutionnels « contre » la constitution en vigueur, afin de « défendre » leur conduite face aux exigences constitutionnelles, notamment en la soustrayant au contrôle de constitutionnalité. Il s'agirait donc d'une forme particulière de non-conformité – spécifique en raison de son objet (I.A.) et de ses manifestations (I.B.). Face à un tel phénomène, les moyens de réaction devraient eux aussi revêtir un caractère particulier. Or, tant la doctrine juridique (II.A.) que les décideurs « démocratiques » (II.B.) ont du mal à les élaborer.

⁶ Le principe de la discontinuité des travaux du parlement est parfois exceptionnellement considéré comme une règle de droit constitutionnel coutumier. Voir L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Wolters Kluwer, Varsovie 2025, p. 63.

⁷ Sur ce sujet, voir, par exemple, un ouvrage collectif : P. Mikuli (dir.), *Unwritten Constitutional Norms. Theory and Implementation Beyond the Written Framework*, Taylor&Francis, London 2026 (en parution).

⁸ Par exemple, « anticapitaliste », « anti-inflammatoire ». Voir <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/anti-/3924> Site consulté en septembre 2026.

I. Les « pratiques anticonstitutionnelles » et leurs traits caractéristiques

Comme il ressort des considérations précédentes, « l'anticonstitutionnalité » constitue une forme d'inconstitutionnalité « qualifiée ». On peut la définir comme une « inconstitutionnalité totale » en raison de son objet, à savoir la constitution en tant que telle (ou l'ordre politico-juridique qu'elle établit) (A.). La spécificité de cette forme radicale d'inconstitutionnalité se manifeste par des méthodes d'action clairement distinctives (B.).

A. L'objet de « l'anticonstitutionnalité »

Afin de bien comprendre le phénomène de « l'anticonstitutionnalité », du moins dans sa version polonaise, il convient de tenir compte des circonstances politiques particulières qui ont prévalu en 2015. En effet, pour la première fois depuis 1989 dans l'histoire constitutionnelle de la Pologne, on a assisté à l'émergence d'un « fait majoritaire ». La Droite Unie a d'abord remporté les élections présidentielles, puis les élections législatives, obtenant ainsi la majorité dans les deux chambres : au Sejm (à la Diète) et au Sénat⁹. À cela s'ajoute le fait qu'elle a obtenu cette victoire tout en proposant un projet politico-social censé marquer une rupture radicale avec l'ordre alors existant – c'est-à-dire celui fondé sur la Constitution de 1997, décrite de manière péjorative comme « postcommuniste » ou « transitoire »¹⁰. Par conséquent, la Droite Unie a déployé une « rhétorique anticonstitutionnelle » visant à délégitimer cet acte aux yeux d'au moins la majorité de l'électorat¹¹. La Constitution de 1997 était présentée comme facteur cimentant le « régime pathologique » de la Troisième République et document permettant – notamment dans le contexte de l'intégration européenne – l'« extinction de la Pologne »¹². Naturellement, cette rhétorique visait également les

⁹ La perte du Sénat en 2019 n'a pas modifié de manière significative l'équilibre des forces politiques, compte tenu des compétences fortement limitées de la deuxième chambre.

¹⁰ En 2017, à l'occasion des célébrations de la fête nationale de la Constitution du 3 mai 1791, le Président de la République Andrzej Duda a décrit la Constitution de 1997 comme une « constitution de période transitoire ». Il a même lancé l'idée d'organiser un référendum national sur une nouvelle loi fondamentale, mais en juillet 2018 son initiative s'est heurtée au refus du Sénat, où la Droite Unie détenait la majorité. Ainsi on a abandonné toute tentative de « constitutionnaliser » formellement le « Bon Changement » par le biais de la procédure de révision constitutionnelle, prévue dans l'article 235 de la Constitution de 1997. Voir M. Matczak, « A Constitutional Referendum to Delegitimize the Constitution », VerfBlog du 07/05/2018, <https://verfassungsblog.de/a-constitutional-referendum-to-delegitimize-the-constitution> (site consulté en septembre 2026).

¹¹ En effet, dès le début de son existence, le parti Droit et Justice a avancé l'idée du passage de la Troisième République (*III Rzeczpospolita*) à une « Quatrième République » (*IV Rzeczpospolita*). Ce slogan a été le principal élément de sa campagne électorale en 2005. En 2010, le parti a présenté un projet de révision constitutionnelle complète, prévoyant notamment l'adoption d'un régime présidentiel.

¹² Comme le note Ryszard Piotrowski, une critique sévère, voire acharnée, des partisans du « Bon Changement » (prôné par la Droite Unie) à l'égard de l'héritage de la période de transformation politique, sociale et économique après 1989 a constitué le prétexte justifiant en 2015 le déclenchement d'une crise politique, visant à remplacer le constitutionnalisme propre à un État de droit démocratique par un « décisionnisme constitutionnel » qui reflète l'idée de la primauté de la politique sur le droit (voir R. Piotrowski, « Konstytucjonalizm 'dobrej zmiany' », *Państwo i Prawo* 2022, n° 10, p. 358-361).

institutions chargées de veiller au respect de la Constitution, en particulier le Tribunal constitutionnel¹³.

Cependant, contrairement à ce qui s'est passé en Hongrie¹⁴, ni les élections législatives de 2015 ni celles de 2018 n'ont permis à la Droite Unie d'obtenir la majorité qualifiée requise pour faire adopter une loi modifiant la Constitution. Elle s'est donc lancée dans la mise en œuvre de son projet de « Bon Changement », bien que la Constitution de 1997 restât formellement en vigueur sans aucune modification textuelle. Autrement dit, la Droite Unie a entamé ses réformes (ou plutôt « déformes ») institutionnelles et sociales « en dépit de », ou même « contre » la Constitution. Mais il ne s'agissait pas ici d'« inconstitutionnalités ponctuelles » qui auraient pu être éliminées au moyen des mécanismes prévus par la Constitution. Il s'agissait d'irrégularités qui, en raison de leur ampleur et de leur cumul, se sont transformées en une « inconstitutionnalité systémique », voire en une véritable « anticonstitutionnalité ».

Ce qui s'est passé en Pologne entre 2015 et 2023 est parfois qualifié par les publicistes de modification « extra-constitutionnelle »¹⁵ – et en même temps « anticonstitutionnelle »¹⁶ – du système constitutionnel polonais¹⁷. Le texte de la Constitution de 1997 est resté intact, mais la véritable structure institutionnelle de l'État s'est sensiblement écartée de celui-ci. Cette soi-disant « constitution réelle » (*constitutional law in action*) n'était plus ni cohérente ni compatible avec la Constitution telle qu'elle avait été rédigée et interprétée auparavant (*constitutional law in books*). Ce qui a été affecté par les mesures adoptées par la Droite Unie, ce n'a pas été uniquement une telle ou telle disposition constitutionnelle prise isolément. « L'anticonstitutionnalité » entraîne une « inconstitutionnalité totale » en ce sens qu'elle porte atteinte à l'identité constitutionnelle même de l'État. En raison de « pratiques anticonstitutionnelles », le régime politique de l'État – son ordre constitutionnel « factuel » – perd sa nature (son « identité ») et devient autre que, voire opposé à ce qu'il était sur le fondement du texte constitutionnel.

¹³ Pour justifier les mesures prises à l'encontre du Tribunal constitutionnel depuis l'automne 2015, J. Kaczyński et d'autres hauts représentants de la Droite Unie ont soutenu que, sans cela, le Tribunal aurait bloqué les réformes institutionnelles et sociales, en particulier celles prévoyant les transferts sociaux (par exemple, le programme « 500+ »).

¹⁴ On peut se demander si le phénomène de « l'anticonstitutionnalité » a eu réellement lieu en Hongrie, sachant que le Fidesz disposait d'une majorité suffisante pour faire passer en 2011 une nouvelle loi fondamentale visant à « constitutionaliser » son projet d'une « démocratie illibérale ».

¹⁵ Une modification par des voies non prévues par la Constitution de 1997.

¹⁶ Une modification dont le contenu et les conséquences conduisent à remettre en cause la Constitution de 1997.

¹⁷ Voir, par exemple, M. Wyrzykowski, « Bypassing the Constitution or changing the constitutional order outside the constitution », in A. Szmyt, B. Banaszak (dir.), *Transformation of Law Systems in Central, Eastern and South-Eastern Europe in 1989-2015, Liber Amicorum in Honorem Prof. Dr. Dres. H.C. Rainer Arnold*, Gdańsk University Press, Gdańsk 2016, p. 159-175.

C'est précisément le concept d'identité constitutionnelle qui semble ici le plus utile pour distinguer « l'anticonstitutionnalité » d'autres formes de non-conformité constitutionnelle¹⁸. Si l'on admet que l'identité constitutionnelle désigne le corps de principes et de valeurs constitutionnels de caractère fondamental qui déterminent l'essence (le « cœur ») du régime politique et social d'un État donné, alors des « pratiques anticonstitutionnelles » seraient celles qui conduiraient à la dégénérescence de ces principes et valeurs, en leur attribuant des significations erronées.

Indépendamment du débat doctrinal sur le catalogue de tels principes et valeurs constitutionnels censés constituer l'identité constitutionnelle polonaise, on peut admettre que le « noyau dur » de la nature du régime de la Troisième République de Pologne découle indéniablement des articles 1 et 2 de la Constitution de 1997. Selon l'article 2 – historiquement le premier¹⁹ – la République de Pologne est un État démocratique de droit. L'article 1 ajoute qu'elle constitue le bien commun de tous les citoyens. Il s'agit donc d'un modèle de « démocratie constitutionnelle », dans lequel le pouvoir étatique est exercé par une majorité parlementaire démocratiquement élue mais en vertu et dans les limites de la loi, et avec le souci du bonheur de tous les citoyens. Or, les pratiques institutionnelles et législatives adoptées après 2015 ont abouti à la négation des principes précités, voire à leur caricature.

Il convient tout d'abord de noter que tous les « raisonnements anticonstitutionnels » destinés à justifier les mesures composant le « Bon Changement » s'appuyaient essentiellement sur le principe de la souveraineté du peuple, énoncé à l'article 4 de la Constitution de 1997²⁰. Mais dans la rhétorique de la Droite Unie, ce principe a fait l'objet d'une réinterprétation qui a conduit à sa fétichisation et à sa dénaturation. Tout d'abord, sa nouvelle compréhension a été dissociée du contexte défini par d'autres principes constitutionnels, tels que l'État de droit, la suprématie de la Constitution ou la séparation des pouvoirs. L'idée de la souveraineté du peuple – vulgarisée pour justifier les démarches « anticonstitutionnelles » – a servi, en fait, à la « souverainisation » de la majorité parlementaire au pouvoir²¹. Le Sejm a commencé à être présenté comme l'organe suprême du pouvoir étatique, tandis que la « volonté du peuple » – dont la Droite Unie se voyait comme l'unique

¹⁸ Selon Mirosław Granat : « Constitutional identity is a guide to [constitutional] changes and organizes thinking about them. It acts as a sort of a check, which makes certain changes difficult or excludes them at a given moment. It separates permissible changes (e.g. ones which develop the constitution) from those which can damage the constitution [donc des modifications « anticonstitutionnelles »] » (M. Granat, « Constitutional Identity and its Functions », *Przegląd Prawa Konstytucyjnego* 2022, n° 2(66), p. 82).

¹⁹ Le principe de l'État démocratique de droit figure parmi les dispositions constitutionnelles polonaise depuis 1989.

²⁰ Selon l'article 4 de la Constitution de 1997 : « 1. Le pouvoir suprême appartient dans la République de Pologne à la Nation. 2. La Nation exerce le pouvoir par ses représentants ou l'exerce directement. »

²¹ Comme le souligne Ryszard Piotrowski : « Le constitutionnalisme du 'Bon Changement' exclut la démocratie constitutionnelle, car il légitime le pouvoir [illimité] de la majorité parlementaire en passant d'une majoration du terme de nation [c'est-à-dire de l'assimilation de la majorité des électeurs à l'ensemble de la nation] à la souverainisation de la majorité [parlementaire] actuelle. Cela nécessite toutefois de passer le texte de la Constitution sous silence, selon le principe *ignoramus et ignorabimus*. » (R. Piotrowski, *op. cit.*, p. 364).

porte-parole – était considérée comme devant primer sur le droit²². Cette rhétorique visait à légitimer la concentration du pouvoir (officiellement entre les mains du Sejm, mais en réalité entre celles des dirigeants du Parti), en supprimant les mécanismes de checks and balances, et notamment en s'affranchissant d'un éventuel contrôle de constitutionnalité des nouvelles « lois réformateurs » par le Tribunal constitutionnel²³ ou les juges ordinaires eux-mêmes²⁴.

En conséquence, dans la pratique institutionnelle et législative de la période allant de 2015 à 2023, on a pu assister à la « renaissance » d'anciens concepts tels que l'unicité du pouvoir étatique, la suprématie (au moins théorique) du Sejm et de la loi, ainsi que le rôle « prépondérant » d'un parti dirigeant. Or, ces concepts visaient précisément à légitimer le régime communiste après la Seconde Guerre mondiale, c'est-à-dire le modèle politico-juridique que la Constitution de 1997 a clairement condamné²⁵. La restauration d'un tel modèle constituerait sans aucun doute une remise en cause « totale » de l'identité constitutionnelle de l'État polonais telle qu'elle résulte de la Constitution de 1997. Elle serait donc « anticonstitutionnelle » par excellence.

B. Les symptômes de « l'anticonstitutionnalité »

L'identification des modes d'action typiques pour « l'anticonstitutionnalité » est assez difficile, surtout au début du processus conduisant à la déformation de l'ordre constitutionnel. Ce n'est

²² Le 25 novembre 2015, pendant les débats parlementaires consacrés à la crise autour du Tribunal constitutionnel, le député Kornel Morawiecki a déclaré : « Le droit est une chose importante, mais il n'est pas sacré. (...) Au-dessus du droit se trouve le bien de la nation. Si le droit contrevient au bien de la nation, nous ne devons pas le considérer comme quelque chose que nous ne pouvons ni transgresser, ni modifier. (...) Car le droit est là pour nous servir. Un droit qui ne sert pas la nation est une injustice. » Dans ce contexte, Ryszard Piotrowski note : « L'idée selon laquelle le droit constitue un outil au service de la majorité parlementaire, car c'est elle qui se substitue au souverain en élaborant des lois (...), se reflète dans la pratique du constitutionnalisme du « Bon Changement », qui applique ouvertement le principe de la primauté de la politique sur le droit, y compris sur la Constitution en vigueur. » (R. Piotrowski, *op. cit.*, p. 362).

²³ En ce qui concerne les dysfonctionnements touchant le Tribunal constitutionnel polonais depuis 2015, voir notamment : A. Kustra-Rogacka, « An illiberal turn or a counter-constitutional revolution ? About the Polish Constitutional Tribunal before and after 2015 », in M. Belov (dir.), *Courts and judicial activism under crisis conditions : policy making in a time of illiberalism and emergency constitutionalism, Comparative Constitutional Change*, Routledge, Abingdon 2022, p. 100-124 ; M. Gren, M. Florczak-Wątor, « Déconstruction et reconstruction du Tribunal constitutionnel polonais. Du déclin aux perspectives de refondation de l'institution », *Revue du droit public* 2024, n° 2, p. 37-43.

²⁴ À propos de l'impact de la crise sur le fonctionnement de la Justice polonaise, voir, par exemple : W. Piątek, P. Ostrowski, « La justice administrative polonaise est-elle (toujours) indépendante du pouvoir exécutif ? », *Revue française de droit administratif* 2023, n° 5, p. 973-984 ; M. Wiącek, « The crisis of the judiciary in Poland from the perspective of the principle of separation of powers », *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego* 2025, n° 2(119), p. 91-104 ; M. Wyrzykowski, M. Ziółkowski, « Illiberal constitutionalism and the Judiciary », in A. Sajó, R. Uitz, S. Holmes (dir.), *Routledge Handbook of Illiberalism*, Routledge, Abingdon-New York, p. 517-532 ; M. Ziółkowski, « Two Faces of the Polish Supreme Court After 'Reforms' of the Judiciary System in Poland: The Question of Judicial Independence and Appointments », *European Papers* 2020, t. 5, n° 1, p. 347-362.

²⁵ Dans le préambule de la Constitution de 1997, on peut lire le passage suivant : « renouant avec les meilleures traditions de la Première et de la Deuxième République, (...) ayant en mémoire les douloureuses épreuves essayées à l'époque où les libertés et les droits fondamentaux de l'homme étaient violés dans notre Patrie, (...) [nous] instituons la Constitution de la République de Pologne (...). »

qu'au fil du temps, à mesure qu'elles s'accumulent, que les pratiques institutionnelles et législatives s'avèrent « anticonstitutionnelles ». En d'autres termes, c'est en raison de leur résultat – à savoir la remise en cause de l'identité constitutionnelle de l'État – qu'on peut leur attribuer cette qualification. Néanmoins, l'analyse de la doctrine polonaise permet de dégager quelques pistes.

Avant tout, il convient de rappeler que l'une des principales préoccupations des décideurs politiques de la Droite Unie était de légitimer leurs réformes en s'appuyant formellement sur les dispositions de la Constitution de 1997 (qu'ils critiquaient pourtant publiquement). Or, ces dispositions faisaient systématiquement l'objet d'une interprétation tordue et tendancieuse. Jerzy Zajadlo a qualifié une telle technique d'interprétation d'« interprétation hostile à la Constitution » (*interpretatio constitutionis hostilis*). Elle constituerait l'exemple d'une « instrumentalisation extrême » du processus d'interprétation du texte constitutionnel au service de la politique actuelle. Zajadlo énumère certaines caractéristiques particulières de « l'interprétation hostile à la Constitution » :

- Une telle interprétation pourrait, à première vue, ne concerner qu'une disposition constitutionnelle isolée, mais, au bout du compte, son utilisation conduit à la remise en cause de l'ensemble du système d'axiologie constitutionnel actuel.
- Il s'agit en effet d'une stratégie politico-juridique fondée sur la mauvaise foi. La *mala fides* fait donc partie intégrante de cette *hostilitas constitutionis*.
- « L'interprétation hostile » est, par nature, une interprétation créatrice de droit. Elle vise à faire « passer de force » dans l'ordonnancement juridique des mesures législatives dont la non-conformité à la Constitution ne fait aucun doute.
- Cette stratégie est, au fond, destructrice pour l'ensemble de l'ordre juridique, car elle aboutit à ce que les lois manifestement contraires à la Constitution restent en vigueur et soient appliquées, ce qui conduit à la transmission du vice d'inconstitutionnalité aux actes d'application de ces lois²⁶.

Ce qui caractérise « l'interprétation hostile à la Constitution » – que l'on pourrait également qualifier d'« interprétation déloyale envers la Constitution » – c'est la tendance à se concentrer sur un mot ou un court passage dans le texte constitutionnel, sorti de son contexte, pour le soumettre à une interprétation linguistique (en général, délibérément malhonnête), en négligeant totalement d'autres techniques d'interprétation : systémique, téléologique, axiologique, historique, etc. Une telle « interprétation ponctuelle » brise la cohérence de la compréhension de l'ensemble du texte constitutionnel. Mais son but est, par principe, limité : elle ne sert la majorité parlementaire qu'à légitimer une mesure législative prise à un moment donné.

²⁶ Voir J. Zajadlo, « Constitution-hostile Interpretation », *Przegląd Konstytucyjny* 2018, n° 2, p. 5-15.

L'exemple le plus emblématique de l'application d'une telle « interprétation anticonstitutionnelle » reste assurément le cas de la « réinterprétation » de l'article 187, al. 1 de la Constitution de 1997, définissant la composition du Conseil national de la magistrature²⁷. Depuis la création de cet organe en 1989, les juges-membres du Conseil étaient élus par divers organismes ou collèges de l'autogestion des juges. Cette pratique, visant à renforcer l'autonomie et l'indépendance du Conseil (et donc de l'ensemble de la magistrature) vis-à-vis du pouvoir politique, a été « constitutionnalisée » par voie jurisprudentielle en tant que « fait révélateur » du contenu normatif de la disposition constitutionnelle adoptée en 1997²⁸. Malgré cela, en 2017 – dans le cadre d'une vaste réforme du système judiciaire – la majorité de la Droite Unie a fait prévaloir une nouvelle interprétation. Sous prétexte que l'article 187, al. 1 de la Constitution ne précisait pas qui était compétent pour désigner des juges-membres du Conseil, on a avancé l'argument selon lequel c'était au Sejm – comme représentant du souverain – qu'il revenait de procéder à cette désignation. Une telle « réinterprétation » de la disposition constitutionnelle – fondée uniquement sur l'argument tiré de la formulation du texte et détachée de tout son contexte systémique et axiologique – touchait au « cœur » du système constitutionnel, à savoir le principe d'autonomie et d'indépendance du pouvoir judiciaire²⁹. Les conséquences de son application se sont avérées, elles aussi, destructrices pour l'ensemble de l'ordonnement juridique : la délégitimation constitutionnelle du Conseil national de la magistrature et du processus de sélection des juges, du statut juridique non seulement des juges nommés sur la proposition de cet organe, mais aussi des jugements rendus par ceux-ci, de la création de nouvelles chambres de la Cour suprême, etc.

La mauvaise foi et l'interprétation hostile à la Constitution vont de pair avec l'instrumentalisation, voire l'abus, de la compétence législative du Sejm. Une partie importante de la nouvelle législation cherche à remodeler l'ordre constitutionnel, sans modifier pourtant le texte de la Constitution (ce que l'on appelle une « modification extra-constitutionnelle de la constitution »³⁰). Or,

²⁷ Selon l'article 187, al. 1 de la Constitution de 1997 : « Le Conseil national de la magistrature est composé : 1) du Premier président de la Cour suprême, du ministre de la Justice, du Président de la Haute cour administrative et d'une personne nommée par le Président de la République ; 2) de quinze membres élus parmi les juges de la Cour suprême, des juridictions de droit commun, des juridictions administratives et des juridictions militaires ; 3) de quatre membres élus par le Sejm parmi les députés et de deux membres élus par le Sénat parmi les sénateurs. »

²⁸ Voir l'arrêt du TC du 18 juillet 2007, n° K 25/07, dans lequel on trouve le passage selon lequel l'article 187, al. 1 de la Constitution de 1997 stipule clairement que les membres judiciaires du CNM peuvent être des juges « élus par les juges ».

²⁹ Pourtant, cette « réinterprétation » a été officialisée par l'arrêt du TC du 20 juin 2017, n° K 5/17. Le Tribunal – en rejetant frontalement sa position adoptée dans l'arrêt n° K 25/07 – constate que la Constitution prévoit qui peut être élu membre judiciaire du CNM, mais elle ne précise pas comment élire des juges qui en feront partie, en laissant cette question à la décision du Sejm.

³⁰ C'est-à-dire une modification « informelle » ayant lieu sans déclenchement formel de la procédure de révision constitutionnelle en raison de l'absence de la majorité qualifiée requise. Une telle modification est apportée en vertu des lois ordinaires, ce que Mirosław Granat appelle une « modification constitutionnelle légale » (*legalna zmiana konstytucji*) par voie de « lois légales non-conformes à la Constitution » (*legalne ustawy niekonstytucyjne*) (M. Granat, *O paradoksach nieformalnej zmiany konstytucji*, „Państwo i Prawo” 2019, z. 12, s. 132-139).

les lois les plus importantes – celles concernant, par exemple, l'organisation de la Justice, la réglementation des médias ou le droit électoral – sont adoptées d'une manière qui paraît être une antithèse parfaite du principe de bonne législation, déduit par la jurisprudence du principe de l'État de droit. Leurs textes ont été traités et approuvés par la chambre précipitamment (en quelques jours seulement, voire en quelques heures), sans qu'il soit possible de mener un véritable débat parlementaire (le « Blitzkrieg législatif »)³¹. De plus, ces lois sont pour la plupart entrées en vigueur dès leur publication, sans aucune *vacation legis*, ce qui visait à empêcher toute contestation éventuelle devant le Tribunal constitutionnel ou les instances européennes et internationales³². En se fondant sur les nouvelles dispositions législatives, on a commencé soit à « neutraliser » certaines institutions indépendantes³³, soit à les « reprendre »³⁴, soit à les vider de leurs compétences les plus essentielles³⁵. Tout en soustrayant ces lois au risque d'un contrôle de constitutionnalité, on invoquait en même temps la présomption de leur conformité à la Constitution, qui aurait découlé du simple fait de leur adoption par le Sejm, en tant que représentant suprême de la volonté du peuple.

Bien entendu, les cas de mauvaise foi, d'interprétation instrumentalisée ou d'abus de pouvoir se produisent également dans le cadre d'une « inconstitutionnalité ordinaire ». Ce qui discerne « l'anticonstitutionnalité » de cette « inconstitutionnalité ordinaire », c'est, d'une part, le caractère méthodique, systématique et généralisé de telles pratiques et, d'autre part, leur résultat, qui se traduit par de profondes déformations de l'ordre constitutionnel. La remise en cause de l'identité constitutionnelle du régime politique (de son axiologie) a déjà été évoquée. Sur le plan normatif, « l'anticonstitutionnalité » conduit également à une sorte de « dédoublement » de l'ordonnement juridique : d'un côté, il y a l'univers des règles, principes et valeurs constitutionnels ; de l'autre, il existe un « sous-ordre » juridique parallèle, fondé sur les lois soustraites à un véritable contrôle de constitutionnalité et régi par son propre cadre axiologique³⁶. Selon ce que l'on retenait, une optique

³¹ Pourtant, ce sont justement les projets de lois relatifs à l'organisation des pouvoirs publics et aux codes qui sont exclus de la procédure législative accélérée en vertu de l'article 123 de la Constitution. Or, cette restriction ne s'applique formellement qu'à des « projets » déposés par le gouvernement. Afin de l'outrepasser, les réformes ont été présentées sous forme de « propositions de loi », déposées par les députés de la Droite Unie.

³² Ce fut le cas notamment de la loi de 2015 modifiant la loi sur le Tribunal constitutionnel, de la loi de 2015 modifiant la loi sur les médias, ainsi que de la loi de 2017 modifiant la loi sur le Conseil national de la magistrature.

³³ Par exemple, en décembre 2015, la majorité de la Droite Unie a adopté la loi modifiant les règles de procédure devant le Tribunal constitutionnel. La loi prévoyait toute une série de mesures visant à perturber le fonctionnement du Tribunal, telles que l'obligation d'examiner les affaires dans l'ordre de leur dépôt, en formation plénière (en général) et à la majorité qualifiée.

³⁴ Par exemple, en 2018, on a mis fin aux mandats des membres judiciaires du Conseil national de la magistrature avant l'expiration de leur terme afin d'ouvrir la possibilité au Sejm d'élire de nouveaux membres de cet organe.

³⁵ C'était le cas du Conseil national de la radiodiffusion et de la télévision (« gardien de la liberté d'expression », en vertu de l'article 213 de la Constitution), qui s'est vu au début de 2016 privé de ses compétences en matière de nomination des dirigeants des chaînes publiques de radio et de télévision. Ces compétences ont été transférées à un organe-double nouvellement créé, appelé le Conseil des médias nationaux. Voir L. Garlicki, « Konstytucjonalizm abuzywny – istota ogólna i specyfika polska », *Państwo i Prawo* 2025, n° 9, s. 6-13.

³⁶ Dans la doctrine, ce phénomène est parfois appelé un « Double État » ou « Doppelstaat ». Voir J. Zajadło, « Podwójne państwo », *OKO.press* du 14/01/2020, <https://oko.press/prof-zajadlo-podwojne-panstwo> ; E. Łętowska, «

constitutionnelle ou une approche légicentriste, on constaterait l'existence d'un « pseudo-tribunal constitutionnel » et d'un « vrai » Tribunal constitutionnel, des « néo-juges » et des « juges » au sens propre du terme, des « actes inexistantes » et des jugements et décisions bien valides et exécutoires, et finalement d'un « quasi-droit » et des normes législatives contraignantes³⁷. En somme, on assiste au déclin de la suprématie de la Constitution dont les normes restent formellement en vigueur, mais elles ne règnent que « dans les nuages » (sur le plan horizontal) et ne « rayonnent » pratiquement plus à l'ensemble de l'ordonnement juridique (sur le plan vertical)³⁸.

II. Moyens de réaction possibles envers les « pratiques anticonstitutionnelles »

Bien que la crise politico-constitutionnelle dure depuis près d'une décennie en Pologne, ni la théorie, ni la pratique du droit n'ont apporté de réponses claires à la question de savoir quelles mesures juridiques adopter pour réagir aux « pratiques anticonstitutionnelles » (II.A.). Mais les réactions de la partie dite « démocrate » de la scène politique polonaise ne sont pas non plus univoques : les actions entreprises jusqu'à présent se sont avérées, en général, soit inefficaces, soit elles-mêmes contestables sur le plan constitutionnel (II.B.).

A. La doctrine face à « l'anticonstitutionnalité »

Avant 2015, toutes les réflexions doctrinales avaient porté sur l'inconstitutionnalité dite « ordinaire », c'est-à-dire celle pour laquelle des procédures constitutionnelles « ordinaires » avaient été prévues afin d'y remédier (notamment les procédures de contrôle devant le Tribunal constitutionnel). Personne n'aurait pu prévoir une telle prolifération et une telle férocité des pratiques institutionnelles et législatives allant à l'encontre de l'ordre constitutionnel alors en vigueur. Au départ, l'idée selon laquelle on s'était trouvé hors du champ de toute réflexion juridique rationnelle et qu'on avait été confronté à des manifestations d'un volontarisme politique pur et simple était assez répandue. Au fil du temps, la doctrine juridique a commencé à analyser des phénomènes nouveaux, mais elle n'a jamais réussi à élaborer ni un cadre conceptuel et terminologique cohérent pour les décrire, ni des solutions concrètes pour y faire face.

Spór o nazwę i coś więcej », *Konstytucyjny.pl* du 15/03/2021, <https://konstytucyjny.pl/spor-o-nazwe-i-cos-wiecej/> (sites consultés en septembre 2026). On peut toutefois se demander s'il soit pertinent d'utiliser la notion de « Doppelstaat », telle qu'elle a été conçue par Ernst Fraenkel pour décrire la réalité du Troisième Reich dans les années 1930, pour analyser la situation polonaise après 2015.

³⁷ Voir, par exemple, I.P. Karolewski, R. Sata, « The dual state of judiciary in Hungary and Poland », *Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft* 2025, n° 19, p. 219-246.

³⁸ Ce phénomène a été bien décrit par M. Granat dans son article : « Kryzys obowiązywania Konstytucji RP », *Państwo i Prawo* 2023, n° 9, p. 3-20.

En général, les chercheurs formulent diverses propositions situées quelque part entre deux approches opposées : l'une que l'on pourrait qualifier de « formaliste », et l'autre – de « maximaliste ».

Selon l'approche « formaliste », le rétablissement de l'ordre constitutionnel et la restauration de l'État de droit ne peuvent se faire par des moyens qui constituent une violation du droit. Tout acte ou toute action nécessite une base légale claire. Faute de la majorité requise pour adopter une loi portant modification de la Constitution, des éventuelles mesures correctives devront rester dans les limites fixées par le texte de la Constitution de 1997. En outre, les dispositions de la loi fondamentale doivent être interprétées de manière « rationnelle » ; elles ne peuvent donc pas être de nouveau instrumentalisées par une interprétation « créatrice », adoptée *ad hoc* pour légitimer une telle ou telle mesure. Le principe directeur du rétablissement de l'ordre constitutionnel devrait être la protection de la sécurité juridique et le retour à la certitude de droit. On ne peut donc pas non plus se contenter simplement d'affirmer que tous les actes (soit normatifs, soit individuels) pris en violation des normes constitutionnelles seront désormais automatiquement considérés comme « nuls et non avenus »³⁹.

Une telle approche peut être facilement critiquée comme trop idéaliste et irréaliste. En fait, le problème majeur qui subsiste après les années de règne du « Bon Changement » de 2015 à 2023 est que de nombreuses pratiques que l'on pourrait qualifier d'« anticonstitutionnelles » ont été « légalisées » par des lois ordinaires. En conséquence, il y aura toujours une violation d'une norme juridique : soit d'une norme constitutionnelle, dont la mise en œuvre est rendue impossible par une loi ordinaire, soit d'une norme législative, dont on envisage de ne pas appliquer en raison de sa non-conformité à la Constitution. Il conviendrait en outre de tenir compte des circonstances particulières dans lesquelles s'est trouvé le système juridique après 2023. Tout d'abord, la situation de « cohabitation hostile » s'est installée entre la majorité gouvernementale et la présidence de la République de Pologne. Cela empêche la « Coalition du 15 octobre » d'obtenir l'adoption de modifications législatives pertinentes⁴⁰, car elle ne dispose pas de la majorité requise pour contourner le veto présidentiel⁴¹. En plus, la grande majorité des membres du Tribunal constitutionnel ont été élus à l'époque de la Droite Unie, ce qui accroît le risque de voir les initiatives législatives de la

³⁹ Voir les remarques de M. Szwed, « Rebuilding the Rule of Law : Three Guiding Principles », *VerfBlog* du 29/04/2024, <https://verfassungsblog.de/rebuilding-the-rule-of-law/> (site consulté en septembre 2026).

⁴⁰ C'est ainsi qu'a été bloquée, par exemple, l'entrée en vigueur de la loi modifiant la loi sur le Conseil national de la magistrature, adoptée par le Sejm le 23 janvier 2026, à laquelle le Président de la République a opposé son veto le 19 février 2026. Cette loi – étant la deuxième tentative de la « Coalition du 15 octobre » pour réformer le CNM – prévoyait un retour au principe selon lequel les juges-membres du CNM seraient élus par les juges eux-mêmes, donc sous ingérence du Sejm ou d'un autre organe du pouvoir politique.

⁴¹ À savoir, la majorité des trois cinquièmes des voix (voir l'article 122, al. 5 de la Constitution de 1997).

nouvelle majorité gouvernementale rejetées dans le cadre du contrôle préventif à la demande du Président de la République⁴². En conséquence, certaines pratiques se retrouvent « figées » (« bétonnées ») sur le plan juridique⁴³.

Quant à l'approche « maximaliste », elle repose sur l'hypothèse selon laquelle le principe de la suprématie de la Constitution⁴⁴ implique nécessairement une règle imposant à toutes les autorités publiques l'obligation de remédier, par tous les moyens possibles, à tout cas éventuel d'inconstitutionnalité. Une telle règle est toutefois poussée à l'extrême en ce sens qu'elle est considérée comme une base juridique autonome (et suffisante) permettant de prendre toute mesure corrective appropriée, même si celle-ci n'est prévue par aucune norme constitutionnelle ou législative spécifique. La seule condition est celle qu'une telle mesure soit adéquate et proportionnée⁴⁵. C'est parce que si toute action visant à remettre en cause l'ordre constitutionnel existant est de mauvaise foi, des actions entreprises pour le restaurer auraient dû être considérées comme de bonne foi, même si elles ne s'inscrivent pas exactement dans le cadre normatif fixé par les règles de compétence et de procédure en vigueur. Selon certains auteurs, face aux pratiques « extraordinaires » et « extrêmement graves » pour l'ordre constitutionnel dans son ensemble, on pourrait reconnaître un « État de nécessité constitutionnelle » justifiant l'adoption par les autorités publiques (et notamment par les organes juridictionnels) de mesures extraordinaires, même non expressément prévues par les dispositions constitutionnelles ou législatives⁴⁶. Car, après tout, *necessitas non habet legem*.

⁴² C'est ainsi qu'ont été bloquées, notamment, l'entrée en vigueur de la première loi modifiant la loi sur le Conseil national de la magistrature, adoptée par le Sejm le 12 juillet 2024 (voir l'arrêt du TC du 20 novembre 2025, n° Kpt 2/24), ainsi que celle de la nouvelle loi sur le Tribunal constitutionnel, adoptée par le Sejm le 13 septembre 2014 (voir l'arrêt du TC du 29 juillet 2025, n° Kpt 3/24).

⁴³ Ainsi, en raison du veto présidentiel opposé à la loi du 23 janvier 2026, le Sejm, où la coalition dite « démocratique » détient la majorité, a été contraint en mai 2026 à procéder à l'élection de nouveaux membres judiciaires du Conseil national de la magistrature conformément à la procédure adoptée par la Droite Unie en 2017.

⁴⁴ Qui a été clairement énoncé à l'article 8 de la Constitution de 1997.

⁴⁵ Selon Tomasz Tadeusz Koncewicz : « our methods must be proportionate to the extent of the lawlessness on the ground and the consequences of maintaining the illegal status quo. Our legal imagination might fuel change, but only when followed by a willingness to act and counteract outside the box. Thinking outside the box is only possible if we have the courage to critically reevaluate our existing language. Restoring the rule of law is a process that will be a combination of actions of different nature and intensity. Some of them will be the realization of legalism, understood as compliance with the letter of the law, and some will require something more to protect constitutional values. This does not mean, however, that what goes beyond the letter of the law must be automatically categorized as unlawful (...). Just as we accept that we can overcome a linguistic interpretation in order to exclude absurdity or injustice, the same must go for the choice of methods to restore the rule of law. Sometimes relying only on the letter of the law will lead to absurd consequences but, of course, in the name of formal and self-destructive legalism (...). Should not the "legal methods" adopted and accepted correspond to the extent of the destruction of the rule of law and go beyond the letter of the law? » (T.T. Koncewicz, « On Rebuilding and ... Keeping the Rule of Law », *VerfBlog*, 2024/5/23, <https://verfassungsblog.de/keeping-the-rule-of-law/> ; site consulté en septembre 2026).

⁴⁶ Voir notamment M. Pach, M. Maleski, « Stan wyższej konieczności konstytucyjnej », *Państwo i Prawo* 2018, n° 7, p. 38-57 ; P. Mikuli, « Doktryna konieczności jako uzasadnienie dla rozproszonej kontroli konstytucyjności ustaw w Polsce », *Gdańskie Studia Prawnicze* 2018, t. XL, p. 635-648. Pour les deux premiers auteurs, il s'agissait de fonder juridiquement les mesures inhabituelles prises par le Tribunal constitutionnel à l'égard de la loi adoptée en décembre 2015 visant à paralyser son action. Quant à P. Mikuli, la doctrine de nécessité est censée justifier le contrôle diffus de constitutionnalité des lois par les juges ordinaires.

Cependant, contre cette approche « maximaliste », on pourrait aussi formuler assez facilement des objections, notamment relatives à un caractère totalement discrétionnaire, voire arbitraire, des mesures correctives futures. Agir sans fondement juridique solide et souvent en violation déliée des lois en vigueur, uniquement au nom de « l'esprit de la Constitution », équivaldrait également à un déni du principe de l'État de droit. Adopter des mesures appelées « correctives » dans de telles circonstances entraînerait l'effondrement définitif de l'ordre juridique, dans lequel – parallèlement à un corps de normes juridiques dépourvues de légitimité constitutionnelle en raison de leur caractère « anticonstitutionnel » – serait établi un nouvel ordre de normes dont la légitimité et les effets seraient eux aussi contestables. De plus, l'approche « maximaliste » semble tout aussi irréaliste que l'approche « formaliste », dans la mesure où une partie considérable de l'appareil d'État (y compris la Justice) fonctionne selon le paradigme légicentriste et applique les dispositions législatives adoptées après 2015.

B. Les décideurs « démocratiques » face à « l'anticonstitutionnalité »

Les partis politiques qui ont formé la « Coalition du 15 octobre » (actuellement au pouvoir) se sont présentés aux élections législatives en promettant de rétablir l'ordre constitutionnel et de traduire les auteurs de violations de la Constitution devant la justice. En pratique, cependant, il n'existait aucun programme concret et cohérent de « Constitutional Repair ». En outre, le rétablissement de l'État de droit constitutionnel s'est heurté à de nombreux obstacles politiques et juridiques⁴⁷, déjà partiellement mentionnés : le manque de majorité constitutionnelle⁴⁸, la cohabitation « hostile » avec la présidence de la République, la perpétuation de certaines mesures « anticonstitutionnelles » dans les dispositions législatives, la déformation du mécanisme du contrôle de

⁴⁷ Comme le note Maria Skóra, en encourageant en même temps une approche « réaliste » : « The legal and institutional challenges of reversing the erosion of the rule of law in Poland include tackling the consequences of legislative inflation, court-packing, the institutionalised system of disguised sanctions, and other forms of executive interference with judicial functions. A simple return to the status quo from 2015 seems impossible. (...) Repairing unconstitutionally changed institutions and the revision of unlawful appointments is a laborious process. The appointees of previous regime remain firmly anchored in the system. Next to identifying legal pathways to restitution, striking a balance between the interests of specific professional groups, the neutrality of restored checks and balances, and the transparency of decision-making processes presents another challenge. Civility and mutual toleration must remain guiding principles. The implemented remedial measures must also be free from suspicion of partisanship or retaliation » (M. Skóra, « Restoring the Rule of Law. Politics in the Service of Democracy », *VerfBlog*, 2024/12/18, <https://verfassungsblog.de/restoring-the-rule-of-law/>, site consulté en septembre 2026).

⁴⁸ C'est la raison pour laquelle une proposition de loi modifiant la Constitution, qui prévoit de remanier entièrement la composition du Tribunal constitutionnel (soi-disant « zeroing out option »), n'a pour l'instant aucune chance réelle d'être adoptée. Sur cette proposition voir, par exemple, J. Zajądło, T.T. Konciewicz, « Restoration of the Polish Constitutional Tribunal as Reading the Constitution Forward », *VerfBlog* du 19/02/2024, <https://verfassungsblog.de/restoration-of-the-polish-constitutional-tribunal-as-reading-the-constitution-forward/> (site consulté en septembre 2026).

constitutionnalité⁴⁹, etc. À cela s'ajoute la paralysie totale du Tribunal d'État, résultant principalement du conflit entre son président – dont la fonction est exercée d'office par le Premier président de la Cour suprême (désigné par le Président de la République – et les membres de ce Tribunal élus par le Sejm, où la majorité appartient à la « Coalition du 15 octobre ».

Dans ces circonstances, la Coalition prend des mesures qu'elle juge, à un moment donné, les plus opportunes sur le plan juridique et politique. Au début, elle a adopté une rhétorique « maximaliste » – dans un ton rappelant les propos d'Odile Barrot, Premier ministre dans le gouvernement de Napoléon Bonaparte, selon lesquels « La légalité nous tue ! ». On a donc commencé par quelques démarches « dures », en recourant aux instruments hérités du « Bon Changement ». Parmi celles-ci, on peut citer la décision de mettre en liquidation les sociétés de radio et de télévision publiques (ce qui a permis de renouveler la composition de leurs organes de direction)⁵⁰, ainsi que la destitution des présidents des tribunaux et des agents disciplinaires de l'ordre judiciaire. Face à l'incapacité de faire passer des modifications législatives indispensables⁵¹, on a pris des « demi-mesures » visant à « marginaliser » ou « neutraliser » (à « l'extinction ») des institutions considérées comme une menace pour l'ordre constitutionnel. Ainsi, pour mettre un terme à la nomination de nouveaux soi-disant « néo-juges », le ministre de la Justice a cessé de publier des avis de vacance pour les postes de juge dans l'ordre judiciaire. En mai 2026, l'élection des juges-membres du Conseil national de la magistrature s'est déroulée selon la procédure adoptée en 2017, à cette exception près que les organismes de l'auto-gestion des juges avaient été invités à présenter leurs candidats, dont la sélection a toutefois été en dernier ressort effectuée par le Sejm. En ce qui concerne le Tribunal constitutionnel, depuis mars 2024, le Premier ministre a suspendu la publication de ses arrêts dans le Journal officiel. En même temps, le Sejm a cessé de pourvoir les postes de juges constitutionnels devenus vacants, ce qui a privé le Tribunal de la capacité de statuer en formation plénière.

⁴⁹ Voir A. Szultz, J. Sawicki, « Polish(ing) a Broken Tribunal. How to Restore Constitutional Justice After a Populist Government », *Central Europe* 2026, vol. 24, no 1, p. 28-45. Voir également K. Jonski, « From Parallel Constitutions to Schrödinger's Tribunal : Poland's Unresolved Constitutional Crisis », <https://www.populismstudies.org/from-parallel-constitutions-to-schrodingers-tribunals-polands-unresolved-constitutional-crisis/> (site consulté en septembre 2026).

⁵⁰ Voir A. Wójcik, « Learning from Poland's Imperfect Reform. How Hungary Can Get Media Transition 2.0 Right », *VerfBlog*, 2026/6/10, <https://verfassungsblog.de/media-reform-hungary-poland> (site consulté en septembre 2026).

⁵¹ Outre les lois relatives au Tribunal constitutionnel et au Conseil national de la magistrature (déjà mentionnées), qui ne sont finalement pas entrées en vigueur, il convient de mentionner le projet gouvernemental de loi sur le rétablissement de l'État de droit (*ustawa praworządnościowa*), dont l'examen s'est enlisé dans le Sejm. Ce projet vise notamment à régler le statut des juges nommés après la réforme du CNM de 2017. En général, les juges concernés par ce projet reprendraient leurs fonctions antérieures ou retrouveraient leurs professions d'avant – à l'exception de ceux qui ont pris leurs premières fonctions juridictionnelles immédiatement après avoir terminé leur formation dans l'École nationale de la magistrature.

Sur le plan constitutionnel, cependant, certaines mesures dites « correctives » paraissent contestables. Tout d'abord, elles manquent de bases légales solides. Faute de pouvoir adopter des lois appropriées (ce qui nécessiterait l'accord, ne serait-ce que tacite, du Président de la République⁵²), les mesures prises par les organes de l'État – en particulier par le pouvoir exécutif (le Premier ministre, le ministre de la Justice, le ministre des Actifs publics) – se fondent uniquement sur des résolutions du Sejm⁵³. Or, au regard de l'article 87 de la Constitution de 1997⁵⁴, les résolutions adoptées par les chambres parlementaires ne constituent pas des sources du droit obligatoire *erga omnes*. En conséquence, des actes et des actions visant à mettre en œuvre de ces résolutions pourraient être eux aussi qualifiés « d'*ultra vires* ». En outre, certaines de ces mesures « correctives » rappellent de manière frappante et inquiétante les pratiques jugées « anticonstitutionnelles » appliquées entre 2015 et 2023. Deux exemples semblent ici être marquants. Premièrement, il s'agit de la suspension de la publication des arrêts du Tribunal constitutionnel, ce qui contrevient ouvertement à l'obligation claire et inconditionnelle découlant de l'article 190, al. 2 de la Constitution⁵⁵. En fait, le Conseil des ministres s'est « auto-octroyé » une telle compétence en vertu de sa propre résolution⁵⁶. Il convient de rappeler que c'étaient précisément les résolutions du Sejm (adoptées *ultra vires*) qui ont servi à la Droite Unie, à l'automne 2015, de base juridique à l'annulation de l'élection des juges du Tribunal constitutionnel⁵⁷. Deuxièmement, la « Coalition du 15 octobre » a, elle aussi, instrumentalisé la compétence du Sejm d'élire les juges du Tribunal constitutionnel : entre 2024 et 2025, elle s'est abstenue de pourvoir les postes vacants au sein du Tribunal afin de désigner en bloc

⁵² Pourtant le président Karol Nawrocki, élu en 2025, semble soutenir résolument les réformes du système judiciaire mises en œuvre par la Droite Unie, et plus concrètement l'idée de l'incontestabilité des actes présidentiels portant la nomination d'un juge. Le 14 octobre 2025, il a déclaré : « Je n'accepterais jamais que l'on distingue les juges en 'néo-juges' et 'paléo-juges'. Conformément à la Constitution de la République de Pologne, les juges sont ceux qui sont nommés par chaque Président de la République successif ». Le 19 février 2026, on a déposé au nom de la présidence de la République un projet de loi « relative au rétablissement du droit au juge et au traitement des affaires sans retard injustifié », prévoyant notamment la responsabilité pénale de tout fonctionnaire public qui contesterait la validité des lois régissant l'organisation du pouvoir judiciaire ou contrôlerait la légalité des actes présidentiels de nomination des juges.

⁵³ Voir : la Résolution du 19 décembre 2023 « relative au rétablissement de l'ordre juridique ainsi que de l'impartialité des médias publics et de l'Agence de presse polonaise » ; la Résolution du 20 décembre 2023 « relative à la réparation des conséquences de la crise constitutionnelle dans le contexte du statut et des fonctions du Conseil national de la magistrature dans l'État démocratique de droit » ; la Résolution du 6 mars 2024 « relative à la réparation des conséquences de la crise constitutionnelle des années 2015-2023 dans le contexte du fonctionnement du Tribunal constitutionnel ».

⁵⁴ Selon cette disposition constitutionnelle : « 1. La Constitution, les lois, les traités ratifiés et les règlements sont les sources du droit obligatoire *erga omnes* en République de Pologne. 2. Les actes de portée locale sont les sources du droit obligatoire *erga omnes* en République de Pologne, dans le champ d'activité des autorités qui les ont établis. »

⁵⁵ Selon cette disposition constitutionnelle : « Les décisions du Tribunal constitutionnel relatives aux affaires visées à l'article 188 sont publiées sans délai dans le journal officiel dans lequel l'acte normatif a été publié (...). »

⁵⁶ Voir la Résolution n° 162 du Conseil des ministres du 18 décembre 2024 « sur les mesures visant à contrer les effets négatifs de la crise constitutionnelle dans le domaine du pouvoir juridictionnel », en vertu de laquelle le Conseil des ministres constate qu'il n'est pas admissible de publier des documents officiels émanant d'une autorité non compétente (ce qu'est devenu, selon le Conseil, le Tribunal constitutionnel).

⁵⁷ Voir les Résolutions du Sejm du 25 novembre 2015 constatant la nullité des résolutions du Sejm du 8 octobre 2015 portant l'élection des juges du Tribunal constitutionnel.

la majorité de ses membres en 2026⁵⁸. Cependant, conformément à l'article 194, al. 1, de la Constitution⁵⁹, le Tribunal devrait être composé de 15 juges, ce qui rend impératif de pourvoir sans délai les postes vacants dès qu'ils se présentent.

En guise de conclusion

La crise politico-constitutionnelle, qui sévit en Pologne depuis 2015, révèle indéniablement le besoin, voire l'urgence, de développer un cadre conceptuel et de bâtir une terminologie qui permettraient de décrire des phénomènes qui vont au-delà de la non-conformité « ordinaire » à la Constitution. La notion « d'anticonstitutionnalité » paraît particulièrement utile à cette fin. On pourrait la définir comme l'ensemble des pratiques institutionnelles (actes et actions) adoptées dans le but délibéré (donc de mauvaise foi) de remettre en cause la constitution en vigueur et entraînant – comme conséquence logique – une atteinte à l'identité constitutionnelle du système politique existant. Ce sont précisément ces deux aspects – subjectif (« mauvaise foi constitutionnelle ») et objectif (effondrement de l'ordre constitutionnel en question) – qui distinguent « l'anticonstitutionnalité » en tant que telle.

Outre la réflexion sur le concept lui-même, il semble également indispensable de s'interroger sur des moyens de prévenir « l'anticonstitutionnalité » ou de réagir à ses symptômes. Si la doctrine du droit est parvenue à mettre au point des moyens plus ou moins efficaces pour parer à l'inconstitutionnalité dite « ordinaire », il n'en va pas de même – du moins en ce qui concerne la doctrine polonaise – pour « l'anticonstitutionnalisé ».

⁵⁸ Une initiative qui a finalement été torpillée par le Président de la République, qui a refusé de recevoir le serment de 4 des 7 nouveaux membres élus jusqu'alors. Selon l'interprétation (assez douteuse) de Zbigniew Bogucki, Chef de la Chancellerie du Président de la République, le président Nawrocki n'a reçu le serment que des juges dont les postes se sont libérés au cours de son mandat présidentiel, c'est-à-dire après août 2025 (ce qui pourrait signifier que les postes vacants apparus auparavant ne pourraient plus jamais être pourvus).

⁵⁹ Selon cette disposition constitutionnelle : « Le Tribunal constitutionnel est composé de quinze juges individuellement élus par le Sejm pour neuf ans parmi les personnes se distinguant par leur connaissance du droit. Leur réélection au Tribunal n'est pas autorisée. »